



# Clause pénale et dommages-intérêts incitatifs Une analyse économique

Saïd Souam

## ► To cite this version:

Saïd Souam. Clause pénale et dommages-intérêts incitatifs Une analyse économique. 2007. hal-00128518

**HAL Id: hal-00128518**

**<https://hal.science/hal-00128518>**

Preprint submitted on 1 Feb 2007

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Clause pénale et dommages-intérêts incitatifs  
Une analyse économique  
Saïd SOUAM\*  
Université de Paris-Nord (CEPN) et CREST-LEI  
A paraître dans la collection Droit et Economie (LGDJ)

L'inexécution d'un contrat ou le retard mis par l'un des contractants à exécuter ses obligations entraîne une perte ou un manque à gagner pour les autres parties au contrat. La réparation se résout en général en dommage-intérêt, soit une compensation financière versée à la victime, comme il est indiqué dans l'article 1149 du Code civil.

*« Les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé, sauf les exceptions et modifications ci-après. »*

On parle de clause pénale si les parties ont elles-mêmes prévu une sanction pour inexécution du contrat. Le juge peut toutefois, comme le prévoit la loi et si les montants s'avèrent excessifs ou dérisoires, changer même d'office le montant stipulé.

*« Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte, ni moindre.*

*Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite. » (Article 1152, Code. Civ)*

## 1. Les pénalités : intérêts et formes

Commençons d'abord par poser la question de l'intérêt des pénalités. Celles-ci ont plusieurs fonctions que l'on classe de manière classique comme suit.

- Fonction de dissuasion : dissuader les agents économiques d'enfreindre la loi (ne pas exécuter un contrat dans le cas d'espèce), l'objectif étant d'influencer le comportement des agents.
- Fonction de réparation : réparer les dommages causés aux autres acteurs du marché.
- Fonction de punition : punir les fautifs (les inciter à ne pas récidiver dans le futur ou en faire des exemples pour les autres agents). Dans ce cas, on va au delà de la simple réparation du dommage causé.

### 1.1 La problématique de base

Les pénalités sont utilisées dans des situations très variées qui ont toutes comme point commun le fait que certaines activités engendrent des externalités négatives pour la société, les riverains ou d'autres catégories de la population (pollution de l'air, excès de vitesse, fraude fiscale, ..).

---

\* Au moment de la conférence, Saïd SOUAM était professeur à l'université de Tours.

La fonction première des pénalités repose sur l'hypothèse dite de *dissuasion*, selon laquelle la décision d'enfreindre la loi (ne pas exécuter un contrat dans notre cadre d'analyse) dépend des *risques* et des *bénéfices* qui en sont liés.

Bien entendu s'il n'est pas coûteux de surveiller et capturer ceux qui enfreignent les lois, ils seront tous poursuivis avec une probabilité égale à un et paieront une amende égale au coût externe de leur activité. C'est le principe classique de la taxe pigouvienne. Ainsi, les individus ne s'engageront dans ces activités que si leur bénéfice privé est plus grand que le coût externe qu'ils engendrent. Ce qui est efficace du point de vue de l'économiste puisqu'il y a création de valeur.

L'article pionnier dans le domaine est celui de Becker (1968) qui a clairement mis en valeur les enjeux concernant la mise en œuvre des lois. Il ne suffit pas en effet de légiférer, encore faut-il s'assurer que la loi est bien appliquée. Pour ce faire des dépenses publiques et privées sont nécessaires. Il faudrait dans ce cas choisir la meilleure combinaison entre la détection et la pénalité afin de dissuader les infractions à la loi en tenant compte des différents coûts.

L'analyse de Becker permet de répondre à cette question de manière simple. Considérons pour cela des agents neutres vis-à-vis du risque. Afin de dissuader de manière optimale les agents de commettre des actes nuisibles, il faudrait une pénalité la plus élevée possible (maximale) tout en utilisant la probabilité de détection la plus faible possible. Ce résultat tient au fait que c'est l'espérance de pénalité *ex ante* (égale au produit de la probabilité de détection par la pénalité) que doit payer un agent qui le dissuade de commettre un méfait. Si l'imposition d'une pénalité est sans coût pour la société alors que la détection est coûteuse, il s'avère que pour atteindre le niveau de pénalité espéré, il est optimal de mettre la probabilité la plus faible possible et la pénalité la plus élevée possible.

Cependant, ce résultat propre à l'analyse économique de la mise en œuvre des lois (*law enforcement*) est loin de correspondre à la réalité. De plus, il est fondé sur un certain nombre d'hypothèses dont la remise en cause permet d'en limiter la portée. Il existe ainsi plusieurs situations dans lesquelles une pénalité maximale n'est pas nécessairement la meilleure solution. Citons quelques unes qui sont adossées à des travaux économiques. Il s'avère ainsi que si les pénalités sont coûteuses pour la société, l'arbitrage ci-dessus mentionné n'est plus trivial. La prise en compte de ces différents coûts peut se traduire par une pénalité non maximale à l'optimum. De plus, le fait de pouvoir distinguer entre les agents permet d'affiner l'analyse et la réponse optimale serait une pénalité différenciée selon les cas et non plus toujours une pénalité maximale. Plusieurs contributions ont mis au jour ce type de résultat : Shavell (1987) dans le cas de l'identification des agents selon les gains qu'ils retirent de l'infraction à la loi ; Polinsky et Shavell (1991) dans le cas d'agents à richesses différenciées ; et enfin Polinsky et Shavell (1992) dans le cas de l'identification des agents selon leur nuisance. La prise en compte de l'aversion vis-à-vis du risque des agents permet également d'assouplir le résultat initial de Becker. Polinsky et Shavell (1979) montrent qu'il est nécessaire dans ce cas de moduler les pénalités et les probabilités de détection. Une autre situation dans laquelle une pénalité maximale n'est pas optimale concerne la possibilité de survenance d'un risque d'erreur où l'on peut condamner quelqu'un alors qu'il est innocent. Un objectif potentiel des autorités judiciaires pourrait être d'essayer de limiter au maximum ce risque. Chu, Hu et Huang (2000) montrent ainsi que le fait de ne pas infliger une pénalité maximale à quelqu'un qui a enfreint la loi pour la première fois

permet de minimiser ce risque. En revanche, une pénalité maximale serait optimale en cas de récidive.

Enfin, notons qu'en matière de dissuasion et de responsabilité, si celui qui enfreint la loi est sûr d'être considéré comme responsable, un dédommagement égal au préjudice ou au tort causé (*harm*) est suffisant et également efficace que ce soit en termes de niveaux de précaution ou d'activité. Toutefois, dans certaines situations l'imposition de dédommagements punitifs<sup>1</sup> (*punitive damages*) pourrait s'avérer utile : celui qui a causé le tort peut échapper à la responsabilité ; le préjudice est sous-estimé ; les gains sont socialement illicites ; si on veut inciter les parties à négocier et réaliser des transactions de marché lorsque cela est possible (par ex. infraction à la législation sur les droits de propriété intellectuelle).

## 1.2 L'apport de la théorie des contrats

En théorie des contrats, et plus généralement en économie de l'information, les pénalités jouent un rôle fondamental en matière d'incitation à prendre les « bonnes » décisions. Cette branche de l'analyse économique est en effet basée sur le mécanisme du bâton et de la carotte selon lequel il faudrait inciter les agents à prendre les bonnes décisions (la carotte) tout en maintenant une pénalité dans certains états de la nature (le bâton). Un exemple classique est celui du contrat de travail en aléa moral dans lequel l'employé fait des efforts coûteux pour lui mais qui permettent d'améliorer le gain de l'employeur. Celui-ci offre un contrat qui arbitre entre le partage du risque (le salaire ne doit pas trop dépendre du résultat) et les incitations (le salaire doit quand même dépendre du résultat).

Deux branches de la théorie des contrats co-existent : les contrats complets et les contrats incomplets.

Un contrat est dit complet s'il prend en compte toutes les variables qui sont ou qui peuvent devenir pertinentes durant son exécution. L'analyse de la dynamique des contrats complets met en exergue deux notions fondamentales : l'engagement et la renégociation.

L'engagement dépend de plusieurs facteurs : cadre institutionnel du droit des contrats ; crédibilité des agents (réputation) ; existence d'actifs ou de titres de propriété sans valeur en dehors de la relation contractuelle (qui pourraient être utilisés comme des « otages ») ; pénalités qui décourageraient les parties de rompre unilatéralement le contrat. Il est important de souligner à ce niveau que quand il n'y a pas de pénalité, le contrat peut être rompu à n'importe quel moment. Ce qui enlève toute possibilité d'engagement.

La possibilité de renégociation (les parties sont toutes d'accord pour le faire) des contrats évite des inefficacités *ex post* mais crée des inefficacités *ex ante* en introduisant des contraintes supplémentaires. En général, l'engagement total (*full commitment*) aboutit à de meilleurs résultats.

---

<sup>1</sup> Voir l'article de Polinsky et Shavell (1997).

Toutefois, les contrats sont loin d'être complets dans la réalité. La théorie des contrats incomplets formalise les intuitions de l'économie des coûts de transactions (Coase, Williamson) : les agents sont opportunistes mais ont une rationalité limitée ; les investissements sont spécifiques (possibilité de *hold-up* ou expropriation). Plusieurs arguments sont avancés par les économistes pour justifier la théorie des contrats incomplets : contingences imprévues, coûts d'écriture des contrats, coûts de mise en œuvre des contrats.

La renégociation a des implications différentes quand les contrats sont incomplets : elle permet aux parties de réagir à une contingence imprévue. Elle peut être socialement utile et apparaît à l'équilibre.

Il est utile de souligner un résultat générique de la théorie des contrats incomplets qui relie le droit de propriété, l'expropriation et le sous-investissement potentiels dans une relation contractuelle. Considérons pour se faire un cadre simple dans lequel un acheteur et un vendeur utilisent un actif commun pour produire et s'échanger un bien. Les deux parties investissent, l'une pour augmenter la valeur du bien échangé et l'autre pour baisser le coût de production. En contrat incomplet, le droit de contrôle résiduel joue un rôle très important. S'il est détenu par l'une des parties, l'autre n'investit pas de manière optimale. Si les deux parties se partagent ce droit, alors on aboutit à la pire situation : les deux parties sous-investissent par rapport à l'optimum.

Après ce détour rapide mais utile sur l'intérêt des pénalités et l'apport de la théorie des contrats, nous rentrons dans le vif du sujet. Pour mener à bien notre réflexion sur la clause pénale et les dommages-intérêts incitatifs, trois dimensions fondamentales seront plus particulièrement analysées et formeront autant de critères pour comparer la supériorité d'une règle de dédommagement par rapport à une autre. Il s'agit dans un premier temps de se poser la question de l'efficacité de la rupture du contrat (*efficient breach*). Dans quelles circonstances, il est dans l'intérêt commun des parties à ce qu'il y ait une rupture de contrat ? Dans un deuxième temps, nous analyserons l'efficacité de l'investissement spécifique dans la relation contractuelle (*efficient reliance, hold-up*). Enfin, nous nous intéresserons au partage du risque dans la relation contractuelle.

Plusieurs mécanismes fondamentaux sous-tendent notre analyse. Il s'agit tout d'abord de l'arbitrage fondamental entre la rigidité pour l'engagement et tout ce qui peut garantir sa crédibilité (source des incitations à l'exécution des contrats) et la flexibilité pour l'incertitude inhérente à ces situations contractuelles (meilleure prise en compte de l'aléa qui pourrait se traduire par la non pertinence d'un point de vue économique de l'exécution des contrats). Il s'agit d'un arbitrage pour l'économiste mais qui pourrait s'avérer très problématique pour le juge en pratique. Le deuxième mécanisme fondamental réside dans le fait que le dédommagement peut être utilisé comme un substitut aux contrats complètement spécifiés dans le cadre d'analyse plus réaliste où les contrats ne sont pas complets. Enfin, notons un dernier mécanisme qui concerne le fait que le remède choisi influence la décision de rupture, le niveau de l'investissement spécifique et enfin le partage du risque dans la relation contractuelle.

Notre propos s'articule précisément selon les trois critères ci-dessus mentionnés. Nous commençons par définir ce que l'on appelle une rupture efficace de contrat et montrons comment

une analyse économique simple permet de donner quelques messages clairs quant à la supériorité relative d'une règle de dédommagement par rapport à l'exécution forcée du contrat. Dans un deuxième temps, nous comparons les règles de dédommagement quand il y a des investissements spécifiques. Dans un troisième temps, nous passons en revue dans un cadre très simple les règles de dédommagements les plus importantes selon le critère du partage du risque dans la relation contractuelle. Une dernière section résume les arguments les plus importants avancés dans la littérature économique en faveur ou en défaveur de la clause pénale comparativement à la règle de dommages-intérêts. Enfin, nous concluons de manière très brève sur le rôle du juge en matière contractuelle à la lumière des différents arguments et analyses exposés.

## 2. La rupture efficace du contrat : dommage-intérêt ou exécution forcée ?

Afin de bien comprendre les enjeux d'une telle analyse, il faudrait commencer par se poser la question de savoir ce que voudraient mettre en place les deux parties contractantes. Du point de vue des économistes, le point de départ consiste à dire qu'elles devraient en principe se mettre d'accord *ex ante* pour choisir le remède qui maximiserait la valeur jointe du contrat pour elles. On parle dans ce cas d'efficacité au sens de Pareto. Pour bien répondre à cette question, il est nécessaire et judicieux de distinguer entre le contrat de transaction pure et celui dans lequel un investissement spécifique doit être réalisé<sup>2</sup>. Dans cette section, nous analysons le premier type de contrat.

Pour ce faire, considérons une transaction simple entre un acheteur et un vendeur dans laquelle le bien à produire (ou le service à fournir) et la propriété à transférer ne peuvent être obtenus sur un marché organisé.

Le vendeur voudrait rompre le contrat car il y a une incertitude *ex post* sur les coûts de production (contrat de production) ou sur l'existence d'une offre d'un autre acheteur qui serait plus intéressante pour lui (contrat de transfert de propriété).

Nous supposons pour simplifier l'analyse qu'il n'existe pas d'incertitude sur la valeur du bien ou de la propriété pour l'acheteur. Celui-ci n'a donc pas de volonté de rupture. Dans ce cadre, un contrat consiste simplement en un triplet qui spécifie le produit (ou la propriété), son prix de vente, et le remède en cas de rupture unilatérale du contrat. Enfin, nous supposons que les agents ne présentent pas d'aversion vis-à-vis du risque. Dans ce cas, les deux parties choisiront le remède qui maximise la valeur espérée jointe, conformément au principe ci-dessus mentionné.

### 2.1 Le contrat de production

Considérons dans un premier temps un contrat dit de production que nous illustrons par un exemple numérique.

La valeur pour l'acheteur en cas d'exécution du contrat est supposée égale à 100 et le prix de vente  $P = 40$ . Le coût de production peut être soit faible (égal à 20 dans 90% des cas), soit prohibitif (égal à 200) dans 10% des cas. Sous la règle de dommages-intérêts, le vendeur devrait payer 60 ( $=100 - 40$ ).

---

<sup>2</sup> Le lecteur intéressé par les nombreux développements autour de cette question est renvoyé à l'article de Shavell (2005).

*Ex post*, si le coût est faible, le vendeur exécute le contrat : il préfère gagner 20 plutôt que payer 60 en cas de rupture. En revanche, si le coût s'avère élevé, il préférera ne pas exécuter le contrat : payer 60 vaut mieux que perdre 160 ( $=200 - 40$ ).

Il s'avère ainsi que le vendeur n'exécute le contrat initial que si et seulement si la valeur pour l'acheteur est plus grande que son coût de production. Ceci est efficace car cela permet de maximiser la valeur espérée jointe. On parle dans ce cas de rupture efficace du contrat.

### Contrat de production et exécution forcée

Analysons maintenant ce qui se passe dans le cas d'une exécution forcée avec un contrat de production. L'unique différence avec la situation précédente réside dans le fait que le vendeur produit toujours même dans les cas où il serait efficace de ne pas le faire (coût=200 et valeur pour l'acheteur=100) puisque c'est la règle d'exécution forcée qui prévaut.

En fait, il s'avère que les deux parties voudront plutôt choisir la règle de dommages-intérêts dans ce cas. En effet, partant d'un contrat ( $P=40$ , exécution forcée), changer pour un contrat ( $P=40$ , dommages-intérêts) ne change rien pour l'acheteur (valeur = 60) mais améliore la situation du vendeur. Son gain espéré devient égal à 12 ( $=0.9*(40-20)+0.1*(-60)$ ) alors qu'il n'était que de 2 ( $=0.9*(40-20)+0.1*(40-200)$ ). Si les deux parties se mettent d'accord pour baisser le prix de 40 à 35, elles y gagnent strictement (valeur = 65 et gain espéré = 7). D'où l'intérêt mutuel pour la règle de dommages-intérêts.

Plusieurs autres arguments peuvent être invoqués en faveur de ce résultat dans le cadre d'un contrat de production.

- Possibilité de négociation *ex post*: ceci ne change *a priori* rien pour la règle de dommages-intérêts mais améliorerait l'efficacité de l'exécution forcée (il faudrait toutefois prendre en compte les coûts de négociation et les possibilités de leur échec).
- Dépenses préventives que pourrait engager le vendeur pour éviter les mauvaises contingences : elles sont socialement inefficaces.
- Imposition d'un risque trop important sur le vendeur dans le cas où celui-ci présente de l'aversion vis-à-vis du risque.
- Coûts importants de mise en œuvre d'une obligation à exécuter.

## 2.2 Contrat de transfert de propriété

Analysons à présent un deuxième type de contrat dit de transfert de propriété dans lequel il existe (une fois le contrat signé) une possibilité d'une offre externe (à l'une des deux parties) plus importante que la valeur pour l'acheteur. L'efficacité telle que définie jusqu'à présent implique un transfert de propriété uniquement dans ce cas de figure.

Pour illustrer cette idée, reprenons le cas numérique en introduisant une incertitude sur les offres externes. La valeur pour l'acheteur et le prix de cession sont toujours les mêmes ( $V = 100$ ,  $P = 40$ ). L'offre externe est égale à 80 dans 90% des cas et 200 dans les 10% restants.

Les deux règles sont toutes les deux efficaces et aucune ne domine *a priori* l'autre : la valeur jointe de la propriété est en effet la même dans les deux cas ( $110=60+50=70+40$ ).

Pourquoi alors l'exécution forcée pourrait être meilleure ? En fait, il existe au moins deux arguments que l'on pourrait relever qui iraient dans ce sens. *Primo*, il s'avère dans ce cas que les coûts de mise en œuvre par les tribunaux sont plus faibles puisque ces derniers n'ont pas à chercher à estimer un éventuel dédommagement. *Secundo*, si le tribunal sous-estime la valeur de l'exécution pour l'acheteur, il y a soit une perte d'efficacité, soit une part du « gâteau » est transférée à une tierce partie. Supposons par exemple que le tribunal ne valorise qu'à 65 le bien pour l'acheteur. Dans ce cas, le vendeur n'exécutera jamais le contrat parce que le dédommagement est faible ( $25=65-40$ ).

Pour résumer, on peut dire que dans ce cadre d'analyse les dommages-intérêts s'avèrent être un meilleur remède dans les contrats de production alors que l'exécution forcée est plutôt meilleure dans les contrats de transfert de propriété. De plus, les deux parties préfèrent en général que le choix se fasse *ex ante*, sauf dans les cas où les coûts de mise en œuvre ne sont pas bien spécifiés *ex ante*.

### 3. Que change la prise en compte de l'investissement spécifique ?

Dans le cadre de la théorie des contrats incomplets, de nombreuses contributions ont analysé la situation contractuelle dans laquelle l'une des deux parties (voire les deux) doit réaliser des investissements spécifiques afin que le contrat se passe bien. La discussion qui suit est basée sur l'article de Edlin et Reichelstein (1996)<sup>3</sup>.

Le cadre d'analyse est le suivant. Un acheteur et un vendeur se mettent d'accord sur un contrat à prix fixe et une quantité à échanger. Une fois le contrat signé et les investissements faits, se produit un aléa qui induit une période de renégociation entre les deux parties (la quantité efficace *ex post* est en général différente de la quantité spécifiée au départ). Durant cette période, les parties se posent la question de l'exécution ou de la rupture du contrat et celle de la négociation sur le partage du surplus *ex post*.

Cette analyse a le mérite d'intégrer deux phénomènes importants que la littérature économique a soulignés et qui en constituent l'arbitrage de base. Il s'agit d'une part du phénomène de sous-investissement qui a en général lieu en cas d'expropriation (*hold up*). Dans ce cas, la partie qui investit fait face à une taxe de *hold up*. D'autre part, la littérature économique a montré qu'en cas d'utilisation d'une règle de dédommagement, il y a plutôt un sur-investissement<sup>4</sup>. Ceci vient du fait que quoi que l'on investisse de spécifique (si c'est observable et vérifiable), on est sûr de le récupérer alors que dans certaines contingences l'investissement en question n'a aucune utilité sociale. Dans ce cas, on devrait donner une subvention à la non exécution du contrat.

Ces auteurs montrent alors que, moyennant des choix adéquats *ex ante* en prix et quantité, les deux remèdes les plus utilisés (à savoir l'exécution forcée et les dommages-intérêts) aboutissent à une situation efficace quand l'investissement est unilatéral (mise en balance adéquate des cas où il y a subvention à la rupture et ceux où il y a une taxe de *hold up*).

---

<sup>3</sup> Voir également Brousseau et Fares (2002) pour des résultats similaires.

<sup>4</sup> Voir notamment les articles de Shavell (1980) et Rogerson (1984).



Si l'investissement est bilatéral, la règle de dommages-intérêts ne peut pas aboutir à des investissements efficaces de la part des deux parties. Cette règle crée en effet des incitations contraires pour les deux parties parce qu'elle traite de manière asymétrique celui qui rompt et celui qui en est victime. Au contraire, l'exécution forcée s'avère être efficace sous certaines conditions.

Ces analyses ont le mérite de montrer que même parmi les auteurs anglo-saxons il existe des défenseurs de l'exécution forcée des contrats dans certains cas du moment qu'elle s'avère meilleure qu'une règle de dédommagement selon les critères que nous avons mentionnés ci-dessus. Ceci vient à l'encontre d'une certaine présentation dichotomique selon laquelle dans le Droit civil l'exécution forcée serait la règle alors que la règle de dommages-intérêts dominerait dans la *Common Law*. De plus, dans la pratique l'exécution forcée est loin d'être la règle même dans les pays de Droit civil<sup>5</sup>. Une certaine convergence des points de vue semble donc possible.

#### 4. Dédommagement et partage du risque<sup>6</sup>

Considérons une relation entre un vendeur et un acheteur dans laquelle le vendeur promet de produire un bien payé à l'avance. Il existe par ailleurs une possibilité d'apparition d'un autre acheteur potentiel dont la probabilité d'occurrence et le montant offert sont connus des deux parties. Comparons maintenant les trois plus importantes règles spécifiées jusqu'à présent : dommages-intérêts, exécution forcée et clause pénale (*Liquidated Damages*).

Dans le cas de la règle de dommages-intérêts, l'acheteur est indifférent entre l'exécution et l'inexécution du contrat puisqu'il sera dédommagé à hauteur de la différence entre la valeur du bien et ce qu'il a payé. Dans ce cas, le « *risque* » bénéfique de vendre à une tierce partie repose entièrement sur le vendeur. Du coup, il apparaît clairement que cette règle alloue de manière optimale le risque quand le vendeur est neutre vis-à-vis du risque et l'acheteur averse vis-à-vis du risque. En effet, dans ce cas l'analyse économique prédit que l'optimalité requiert que l'agent neutre vis-à-vis du risque assure complètement celui qui présente de l'aversion vis-à-vis du risque.

L'exécution forcée joue un rôle symétrique par rapport à la règle de dommages-intérêts. Il s'agit en fait d'une règle de dédommagement où le paiement est égal à la somme la plus forte que peut offrir la tierce partie. Si l'offre se matérialise, l'acheteur demande l'exécution forcée pour revendre le bien. Le risque est dans ce cas supporté par l'acheteur. De ce fait, elle alloue de manière optimale le risque quand le vendeur est averse vis-à-vis du risque et l'acheteur neutre au risque.

La clause pénale peut être vue comme un compromis entre les deux remèdes précédents. Elle fait supporter le risque aux deux parties en même temps. De ce fait, il apparaît qu'elle alloue mieux que les deux autres règles le risque quand les deux parties présentent de l'aversion vis-à-vis du risque.

---

<sup>5</sup> Cf. l'article de Lando et Rose (2004) pour la mise en œuvre pratique de cette règle au Danemark, en Allemagne et en France.

<sup>6</sup> Cette section est basée sur l'article de Polinsky (1983).

## 5. Clause pénale c. Dommages-intérêts

Cette section, outre le fait qu'elle résume les enseignements des sections précédentes selon les trois critères choisis, rend compte de la plupart des arguments avancés pour ou contre l'utilisation de la clause pénale en tant qu'instrument juridique efficace dans les contrats.

Il convient de noter en premier lieu une différence *a priori* importante entre la *Common Law* et le Droit civil. La *penalty doctrine* aux États-Unis prône l'interdiction absolue des clauses pénales quand elles sont punitives. Dans ce pays, on parle de *Stipulated Damages* quand des dommages-intérêts sont spécifiés dans les contrats. Une distinction importante est faite entre les *Liquidated Damages* (estimation raisonnable des vraies pertes), les *Underliquidated Damages* (sous-compensation) et enfin les *Penalty Clauses* (sur-compensation par rapport aux dommages réels) qui nous intéressent plus particulièrement. Un deuxième constat s'impose. Il existe un désaccord important entre économistes d'un côté et entre juristes de l'autre. Dans ce qui suit, nous reprenons les arguments des uns et des autres afin d'éclairer la question initiale<sup>7</sup>.

### Arguments contre la clause pénale (ou *Stipulated Damages*)

- Les *Stipulated Damages* augmentent les coûts de transaction *ex ante*. Il y a plus d'information *ex post* sur ce qui s'est passé qu'*ex ante* sur ce qui va éventuellement se passer.
- Le sous-dédommagement *ex post* induit des ruptures inefficaces du contrat alors qu'un sur-dédommagement *ex post* induit des exécutions inefficaces du contrat. Elle partage toutefois cette propriété avec toute règle qui s'avérerait *ex post* sur-compensatrice, notamment les dommages-intérêts et l'exécution forcée.
- Elle peut être la source d'une barrière à l'entrée. Une telle règle pourrait être utilisée à des fins stratégiques pour bloquer l'entrée sur un marché d'un concurrent même si celui-ci est plus efficace<sup>8</sup>. Cet argument vaut également pour les autres règles de dédommagement.
- Les coûts de l'erreur judiciaire sont plus importants pour les *Penalty Damages* que pour les *Liquidated Damages*.
- Les *Penalty Clauses* incitent la victime potentielle à induire une rupture de contrat. Ceci reste vrai pour toute règle sur-compensatrice.
- Les contrats stipulant des *Penalty Clauses* ne sont pas toujours *self-enforcing ex post* : d'où un risque d'augmentation des procès. Notons toutefois le rôle modérateur que joue la possibilité de règlement à l'amiable.

---

<sup>7</sup> Une synthèse de ces arguments se trouve dans De Geest et Wuyts (2000) et Hatzis (2003).

<sup>8</sup> Voir l'article de Aghion et Bolton (1987).

### Arguments en faveur de la Clause pénale

- La clause pénale émane des parties elles-mêmes qui connaissent mieux leur situation que les tribunaux, notamment la valeur subjective qu'elles accordent à la réalisation du contrat. Les parties le font parce que c'est dans leur intérêt. C'est l'argument dit de rationalité.
- Le sous-dédommagement peut être vu comme un partage du risque entre les parties s'il y a un changement dans les conditions d'exécution du contrat (par ex. augmentation du coût de production) alors que le sur-dédommagement peut être perçu comme une prime d'assurance.
- Elle facilite le calcul des risques puisqu'elle élimine les incertitudes en cas d'inexécution du contrat.
- Elle décourage le comportement opportuniste de celui qui a promis et les renégociations et modifications inefficaces du contrat.
- Elle réduit les coûts de transaction *ex post* surtout dans les cas où les dommages ne sont pas facilement vérifiables (problème de mesure des dommages-intérêts, coûts du litige, coûts administratifs, coût de l'erreur judiciaire si un mauvais calcul du dommage induit un comportement inefficace,...).
- Elle simplifie la rupture efficace du contrat et empêche les ruptures inefficaces du contrat causées par des évaluations subjectives cachées plus grandes que le prix stipulé dans le contrat.
- Elle aide les jeunes et inexpérimentés professionnels à transmettre de l'information sur leur sérieux en offrant une prime de risque aux clients : le signal est dans ce cas moins coûteux.

Pour terminer, on peut classer les clauses pénales en deux catégories. Il y a d'une part celles qui sont efficaces au sens où elles servent un objectif économique. On peut mettre dans cette catégorie l'assurance à moindre frais, la substitution au manque de réputation, la minimisation des coûts de transaction, la facilitation de l'allocation du risque entre les parties ainsi que la compensation des évaluations privées des parties contractantes. Il y a d'autre part celles que l'on pourrait qualifier d'inefficaces au sens où elles sont soit purement spéculatives, soit elles demandent des pénalités déraisonnables.

### Conclusion

Le propre de l'analyse économique est de rarement trancher définitivement une question en raison des nombreux arbitrages qui existent dans la réalité. La problématique analysée ici n'est pas en reste. A partir du moment où plusieurs paramètres doivent être pris en compte, on voit

bien qu'il n'y a pas de résultat définitif sur la supériorité d'une règle par rapport à une autre. Cela dépend en effet du type de contrat (transaction, investissement coopératif ou pas, etc.), de l'objectif à atteindre mais également des différentes alternatives offertes aux parties. Selon les critères que nous avons analysés ci-dessus, la clause pénale n'apparaît pas particulièrement inadaptée. Elle s'avère même supérieure aux autres règles de dédommagement pour ce qui est du partage du risque dans une relation contractuelle quand les deux parties sont averses vis-à-vis du risque. De même, beaucoup des arguments avancés en sa défaveur sont également valables pour les autres règles. Reste que dans un cas (dommages-intérêts) c'est le juge qui décide du montant des dédommagements alors que dans l'autre ce sont les parties qui le font (même si le juge peut intervenir pour modérer ou augmenter le montant stipulé).

Trois points fondamentaux doivent être soulignés à ce niveau. Le premier point concerne l'information relative aux dédommagements. Est-ce que l'institution judiciaire (le juge en particulier) dispose d'une bonne (voire d'une meilleure) connaissance du niveau de dédommagement ? La réponse serait positive dans les cas de litige standard pour lesquels l'institution judiciaire a déjà accumulé suffisamment d'expérience. Dans ces cas, la clause pénale ou les dommages-intérêts devraient être relativement proches puisque de toute façon le juge est là pour en fin de compte donner la « bonne » estimation du dédommagement. Dans les cas où l'expérience de l'institution judiciaire est faible, voire quasi inexistante, la situation est plus compliquée. Les dommages-intérêts ne peuvent être réellement supérieurs que si ce type de situation aura tendance à se renouveler, sinon l'investissement du juge et son expertise ne seraient que ponctuels. Une simple analyse coût-bénéfice conclurait dans ce cas à la supériorité de la clause pénale.

Le deuxième point fondamental concerne la facilité de la mise en œuvre de la distinction entre les clauses pénales à finalité économique (efficaces) de celles purement spéculatives et déraisonnables (inefficaces). L'attention de l'institution judiciaire devrait porter dans ce cas sur la pertinence économique des arguments avancés par les parties quant à l'intérêt de la clause pénale en tant qu'instrument d'une bonne gestion des relations contractuelles. Une sensibilisation aux arguments économiques développés ci-dessus est nécessaire et pourrait aider les juges à mieux appréhender certaines situations conflictuelles.

Le dernier point que nous souhaitons relever concerne le fait que les décisions prises par le juge peuvent également influencer sur le comportement des parties. Ceci est dû au fait que les parties contractantes sont suffisamment rationnelles. En anticipant la réaction du juge, elles peuvent biaiser le choix de la règle de dédommagement en leur faveur. Ceci peut être particulièrement le cas dans les litiges (que nous n'avons pas analysés ici) où l'une des parties dispose de tout le pouvoir de négociation de telle sorte que l'autre partie est plus ou moins « obligée » de signer la clause pénale. Dans ce cas, une certaine discrétion laissée au juge pourrait être efficace au sens où elle dissuaderait ces parties de prendre de telles dispositions. Ces questions nous semblent fondamentales et n'ont été que très partiellement analysées en économie. Il s'agit véritablement d'un chantier très prometteur de l'analyse économique dont les applications vont au delà du droit (politique, médecine, ...).

## Bibliographie

Aghion, P. et P. Bolton (1987) : « Contracts as a barrier to entry », *American Economic Review*, Vol. 77 (3), p. 388-401.

Becker, G. (1968) : « Crime and Punishment: an Economic Approach », *Journal of Political Economy*, Vol. 76, p. 169-217.

Brousseau, E. et M. Fares (2002) : « Règles de droit et inexécution du contrat. L'apport de la théorie économique des contrats au droit comparé », *Revue d'Economie Politique*, Vol. 112 (6), p. 823-44.

Chu, C-Y, Hu, S. et T. Huang (2000) : « Punishing Repeat Offenders More Severely », *International Review of Law and Economics*, Vol. 20 (1), p. 127-40.

De Geest, G. et F. Wuyts (1999) : « Penalty Clauses and Liquidated Damages », *Encyclopedia of Law and Economics*, <http://users.ugent.be/~gdegeest/4610book.pdf>.

Edlin, A. et S. Reichelstein (1996) : « Holdups, Standard Breach Remedies, and Optimal Investment », *American Economic Review*, Vol. 86 (3), p. 478-501.

Hatzis, A. (2003) : « Having the cake and eating it too: efficient penalty clauses in Common and Civil contract law », *International Review of Law and Economics*, Vol. 22, p. 381-406.

Lando, H. et C. Rose (2004) : « On the enforcement of specific performance in Civil Law countries », *International Review of Law and Economics*, Vol. 24, p. 473-87.

Polinsky, M. (1983) : « Risk Sharing Through Breach of Contract Remedies », *Journal of Legal Studies*, Vol. 12, p. 427-44.

Polinsky, M. et S. Shavell, (1979) : « The Optimal Tradeoff between the Probability and Magnitude of Fines », *American Economic Review*, Vol. 69, p. 880-91.

Polinsky, M. et S. Shavell, (1991) : « A Note on Optimal Fines When Wealth Varies Among Individuals », *American Economic Review*, Vol. 81 (3), p. 618-21.

Polinsky, M. et S. Shavell, (1992) : « Enforcement Costs and the Optimal Magnitude and Probability of Fines », *Journal of Law and Economics*, Vol. 35 (1), p. 133-48.

Polinsky, M. et S. Shavell (1997) : « Punitive Damages », *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*.

Rogerson, W. (1984) : « Efficient Reliance and Damage Measure for Breach of Contract », *Rand Journal of Economics*, Vol. 15 (1), p. 39-53.

Shavell, S. (1980) : « Damage Measure for Breach of Contract », *Bell Journal of Economics*, Vol. 11 (2), p. 466-90.

Shavell, S. (1987) : « The optimal use of nonmonetary sanctions as a deterrent », *American Economic Review*, Vol. 77 (4), p. 584-92.

Shavell, S. (2005) : « Specific Performance versus Damages for Breach of Contract », *Harvard John M. Olin Center for Law, Economics and Business*, Discussion Paper N° 532, November.